



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 331/99

Verkündet am:
2. April 2001
Vondrasek
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: _____ nein
BGHR: _____ ja

BGB § 249 Ha

Zur Frage der Behandlung nach der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung entstehender Vorteile, die den Schaden mindern würden, bei der Schadensberechnung.

BGH, Urt. v. 2. April 2001 - II ZR 331/99 - OLG Naumburg

LG Magdeburg

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. April 2001 durch den Vorsitzenden Richter Dr. h.c. Röhricht und die Richter Dr. Hesselberger, Prof. Dr. Goette, Dr. Kurzwelly und Kraemer für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Parteien wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Naumburg vom 29. Oktober 1999 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als der Kläger zur Zahlung von mehr als 8.250,-- DM verurteilt worden ist.

Die weitergehende Revision des Klägers wird zurückgewiesen.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger war Bevollmächtigter der Investorengruppe "P. ", deren Mitglieder sich zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zusammenschlossen hatten. Zweck der Gesellschaft war der Erwerb des Grundstücks S. straße 7 in M. , auf dem ein "Haus der privaten Wohnungswirtschaft"

entstehen sollte. Beabsichtigt war, das Objekt langfristig an die "L. mbH" (künftig: L.) und an den "H. G. e.V." (künftig: H. G. e.V.) zu vermieten. Dementsprechend unterschrieben der H. G. e.V. am 13. Juli 1994 und die L. am 26. November 1994 jeweils einen "Mietvertrag für gewerbliche Räume und Grundstücke" und übersandten die Urkunden an den Kläger. In den Vertragsangeboten war jeweils eine feste Laufzeit von zehn Jahren vorgesehen. In dem Vertragsangebot der L. war der Mietzins für die Dauer von fünf Vertragsjahren festgeschrieben; danach war die Möglichkeit vorgesehen, ihn aufgrund einer Wertsicherungsklausel anzupassen. Das Mietvertragsangebot des H. G. e.V. sah die Möglichkeit vor, schon ab Vertragsschluß eine Anpassung des Mietzinses vorzunehmen. Der Kläger unterließ es, die von der L. sowie dem H. G. e.V. unterschriebenen Urkunden im Namen der Gesellschaft zu unterschreiben und zurückzuschicken. Dies teilte er den Gesellschaftern nicht mit. Erst am 27. Januar 1997 schloß der Kläger mit der L. einen auf zehn Jahre begrenzten Mietvertrag, wobei ab 1. Juli 1999 eine Staffelmiete vorgesehen war. Einen entsprechenden Vertrag schloß der Kläger mit dem H. G. e.V. am 5. Mai 1997. Am 20. März 1997 überwies der Kläger vom Gesellschaftskonto auf sein Privatkonto einen höheren Betrag. Daraufhin kündigte die Gesellschaft spätestens am 26. Mai 1997 die Bevollmächtigung des Klägers fristlos.

Mit seiner Klage, die vom Landgericht abgewiesen wurde, setzte sich der Kläger ursprünglich gegen die fristlose Kündigung der Bevollmächtigung zur Wehr. In den Rechtsmittelinstanzen ist nur noch über die Widerklage der Beklagten zu befinden. Sie machen als Gesellschafter der Gesellschaft bürgerlichen Rechts zum einen Schadensersatzansprüche geltend, die sie daraus

herleiten, daß der Kläger es im Jahre 1994 versäumt habe, Mietvertragsangebote der L. und des H. G. e.V. rechtswirksam anzunehmen und die im Jahre 1997 tatsächlich getroffenen mietvertraglichen Vereinbarungen im Vergleich dazu wirtschaftlich ungünstigere Konditionen enthielten. Zum anderen verlangen die Beklagten Rückzahlung des Mehrwertsteuerbetrages in Höhe von 8.250,-- DM, den der Kläger zusätzlich zu dem festgelegten Pauschalhonorar dem Gesellschafterkonto entnommen habe. Als Schadensersatz verlangen die Beklagten 77.402,20 DM sowie die Zahlung von monatlich 1.042,92 DM für den Zeitraum von November 1999 bis einschließlich Juni 2001 und von monatlich 318,68 DM vom Juli 2001 bis März 2002. Das Berufungsgerecht hat der Widerklage hinsichtlich des Rückforderungsanspruchs (8.250,-- DM) voll und der Zahlungsklage in Höhe von 64.725,76 DM (insgesamt 72.975,76 DM) stattgegeben und den Kläger verurteilt, an die Beklagten monatlich 734,28 DM für den Zeitraum November 1999 bis einschließlich Juni 2001 zu zahlen (Urteilstenor II 1 und 2). Außerdem hat es festgestellt, daß der Kläger den Beklagten zum Ersatz künftiger Schäden verpflichtet ist (Urteilstenor III). Im übrigen hat es die Widerklage abgewiesen (Urteilstenor IV) und die weitergehende Berufung des Klägers zurückgewiesen (Urteilstenor V).

Mit seiner Revision begehrt der Kläger, die Widerklage abzuweisen, soweit er zu höheren Zahlungen als 8.250,-- DM verurteilt worden ist. Dagegen greift er das Berufungsurteil nicht an, soweit es die Feststellung enthält, daß er den Beklagten zum Ersatz künftiger Schäden verpflichtet sei. Mit ihrer Anschlußrevision beantragen die Beklagten, das angefochtene Urteil aufzuheben, soweit es sie beschwert, und auch insoweit nach ihren Anträgen in der Berufungsinstanz zu erkennen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision des Klägers bleibt teilweise erfolglos, soweit er sich gegen seine Verurteilung zur Zahlung von Schadensersatz wendet. Die Anschlußrevision der Beklagten führt dagegen zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

A. Die Revision hat Erfolg, soweit das Berufungsgericht die sicheren Mehreinnahmen der Beklagten für den Zeitraum 1. Juli 2001 bis einschließlich März 2002 in Höhe von $(227,46 \text{ DM} \times 9) 2.047,14 \text{ DM}$ nicht angerechnet hat.

I. Die Feststellung des Berufungsgerichts, die Gesellschaft bürgerlichen Rechts "S. Straße 7" habe zu dem Zeitpunkt, als dem Kläger die bindenden Mietvertragsangebote zugehen, bereits bestanden, wird von der Revision nicht angegriffen. Sie ist auch aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Der wesentliche Inhalt des Gesellschaftsvertrages war von den Gründungsgesellschaftern zu dieser Zeit schon vereinbart worden und der Kläger war bereits für die Gesellschaft tätig.

II. Demgegenüber kann der Auffassung des Berufungsgerichts, dieser Gesellschaftsvertrag sei nicht gemäß §§ 313 Satz 1, 125 BGB formnichtig, nicht gefolgt werden. Nach § 313 Satz 1 BGB bedarf ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, der notariellen Beurkundung. Das trifft zwar auf einen Gesellschaftsvertrag, der den Zweck der Gesellschaft mit "Verwalten und Verwerten" eines Grundstücks bezeichnet, nicht zu (Sen.Urt. v. 2. Oktober 1997

- II ZR 249/96, WM 1997, 2220, 2221 m.w.N.). Anders ist aber der Fall zu beurteilen, daß durch den Vertrag eine Erwerbspflicht begründet wird (vgl. MünchKomm./

Kanzleiter, 3. Aufl. § 313 Rdn. 39. Eine solche Verpflichtung liegt hier vor. Gegenstand der Gesellschaft war (auch) "der Erwerb" des Grundstücks S. straße 7. Das Urteil erweist sich in diesem Punkt aber aus anderen Gründen als richtig.

Ob der Formmangel nach § 313 Satz 2 BGB inzwischen geheilt wurde, ist dem Berufungsurteil nicht eindeutig zu entnehmen. Hierfür könnte der Umstand sprechen, daß der Kläger für die Gesellschaft konkrete Verhandlungen über die Vermietung von Räumen des Anwesens führte. Diese Frage bedarf indes keiner abschließenden Klärung. Es kommen nämlich dann, wenn eine Heilung des Formmangels nicht eingetreten ist, die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft zur Anwendung. Der erforderliche Gesellschaftsvertrag liegt vor. Der Gesellschaftszweck ist weder verboten noch sittenwidrig und die Gesellschaft ist in Vollzug gesetzt. Bis zur Geltendmachung des Fehlers ist die Gesellschaft deshalb voll wirksam (vgl. z.B. Sen.Urt. v. 14. Oktober 1991 - II ZR 212/90, WM 1992, 490, 491 m.w.N.). Aus dem Berufungsurteil ergibt sich nicht, daß eine außerordentliche Kündigung der Gesellschaft ausgesprochen worden ist. Deshalb ist davon auszugehen, daß die Gesellschaft weiter besteht.

III. Die Revision wendet sich nicht gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, der Kläger habe seine Pflichten als Bevollmächtigter der Gesellschaft dadurch verletzt, daß er es unterlassen habe, die ihm übersandten Mietvertragsangebote der beiden gewerblichen Mietinteressenten unverzüglich an

diese unterschrieben zurückzusenden, so daß entsprechende Mietverträge nicht schon Anfang des Jahre 1995 zustande gekommen seien. Die Revision macht indes geltend, das Berufungsgericht sei gehalten gewesen, bei der Prüfung, ob den Beklagten ein Schaden entstanden sei, einen Gesamtvergleich zwischen den Mietangeboten und den Mietverträgen vorzunehmen. Dieser Argumentation kann nur zum Teil gefolgt werden.

1. Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts führten die im Jahre 1997 abgeschlossenen Mietverträge im Vergleich zu den in den Angeboten von 1994 enthaltenen Mieten zunächst zu Mindereinnahmen der Gesellschaft. Nach den Berechnungen des Berufungsgerichts hätten sich diese von Juni 1997 bis einschließlich Oktober 1999 auf insgesamt 64.725,76 DM und für die Zeit von November 1999 bis Juni 2001 auf monatlich 734,28 DM belaufen. Erstmals ab Juli 2001 könnten die neuen Mietverträge zu Mehreinnahmen der Gesellschaft führen. Diese und die weiter zu erwartenden Mehreinnahmen können nach der Auffassung des Berufungsgerichts jedoch nicht schadensmindernd berücksichtigt werden.

2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes sind im Rahmen der Schadensberechnung vorteilhafte Umstände, die mit dem schädigenden Ereignis in einem qualifizierten Zusammenhang stehen, zu berücksichtigen, soweit ihre Anrechnung dem Sinn und Zweck des Schadensersatzes entspricht und weder den Geschädigten unzumutbar belastet, noch den Schädiger unbillig entlastet (BGHZ 109, 380, 392). Vor- und Nachteile müssen bei wertender Betrachtung gleichsam zu einer Rechnungseinheit verbunden sein (BGHZ 77, 151, 154; 91, 206, 210; 136, 52, 54), was voraussetzt, daß festgestellt wird, ob und gegebenenfalls welche einzelnen Vorteile sich bei wertender Betrachtung

bestimmten Schadenspositionen zuordnen lassen (BGHZ 136, 52, 53; vgl. ferner Lange, Schadensersatz 2. Aufl. 1990, S. 487; MünchKomm./Grunsky, BGB 3. Aufl. vor § 249 Rdn. 94 ff.). Diese Voraussetzungen liegen vor.

Hätte der Kläger die Vertragsangebote Ende 1994/Anfang 1995 für die Gesellschaft angenommen, so hätten die im Jahre 1997 abgeschlossenen Verträge nicht vereinbart werden müssen. Das schädigende Ereignis war demnach im allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, unwahrscheinlichen und nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen geeignet, einen Erfolg der eingetretenen Art herbeizuführen (BGH, Urt. v. 9. Oktober 1997 - III ZR 4/97, NJW 1998, 138, 140 m.w.N.). Der damit zwischen dem Nichtzustandekommen der Verträge Anfang 1995 und dem Abschluß der Mietverträge im Jahre 1997 bestehende enge sachliche, persönliche und rechtliche Zusammenhang verbindet beide Vorgänge zu einer Rechnungseinheit und gebietet bei wertender Betrachtung eine Gesamtschau sämtlicher Vor- und Nachteile, welche die jeweiligen Verträge nach sich gezogen hätten oder haben. Die tatsächlich abgeschlossenen Verträge müssen daher den Kläger insoweit entlasten, als sie für die Gesellschaft als Vermieterin Vorteile bringen.

3. Gegen dieses Ergebnis kann nicht eingewandt werden, bei den neuen Mietverträgen handele es sich um Rechtsgeschäfte, die sich als selbständig und vom Schadensfall unabhängiger Erwerbsgrund begreifen ließen (vgl. dazu Müller/Laube, JZ 1991, 162 ff.). Vertragserfolge aus Drittgeschäften sind nicht stets das Ergebnis eigener "privatautonomer Rechtsschöpfung", an welcher der Schädiger gegen den Willen des Geschädigten nicht teilhaben darf. Sonst wä-

ren Vorschriften wie §§ 324 Abs. 1 Satz 2, 552 Satz 2, 615 Satz 2, 642 Abs. 2, 649 Satz 2, 843 Abs. 4 BGB nicht erklärbar.

Ein stichhaltiger Grund für einen bei der Gesellschaft neben einem entsprechenden Schadensersatzanspruch verbleibenden vermögenswerten Vorteil ist hier nicht erkennbar. Der Kläger hat als Bevollmächtigter der Gesellschaft mit denselben, bereits früher ins Auge gefaßten Partnern die Mietverträge geschlossen.

4. Maßgeblich für die Schadensbemessung unter Einschluß der Befugnis des Gerichts, künftige Vorteile einzubeziehen, ist der Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung (BGH, Urt. v. 12. Juli 1996 - V ZR 117/95, NJW 1996, 2652, 2654 m.w.N.).

a) Die Frage, inwieweit das Gericht zukünftige Entwicklungen der Schadenshöhe berücksichtigen muß, ist im einzelnen umstritten (vgl. dazu BGHZ 27, 181, 188; Grunsky aaO, Rdn. 128 f. m.w.N.). Das Gericht braucht jedenfalls die Sachaufklärung nicht bis zur vollen Überzeugung von der endgültigen Schadenshöhe fortzusetzen. Allerdings darf es einen substantiierten Vortrag zur Entwicklung der Schadenshöhe nicht von vornherein außer acht lassen (vgl. Lange aaO, S. 45 Fn. 101; Staudinger/Schiemann, BGB 13. Aufl. vor §§ 249 ff. Rdn. 79). § 287 ZPO erfaßt grundsätzlich auch die Fälle, bei denen zur Bemessung des Schadens eine Zukunftsprognose erforderlich ist (vgl. Zöller/Greger, ZPO 21. Aufl. § 287 Rdn. 2).

b) Im Revisionsverfahren ist zu prüfen, ob das Berufungsgericht sich bei der Schadensermittlung auf grundsätzlich falsche oder offenbar unsachliche

Erwägungen gestützt hat und ob wesentlicher Tatsachenvortrag außer acht gelassen worden ist; ein Revisionsgrund ist auch gegeben, wenn nicht erkennbar ist, ob sich die Vorinstanz der freieren Stellung nach § 287 Abs. 1 ZPO bewußt war oder wenn die Grenzen des Ermessens überschritten wurden (BGH, Urt. v. 9. Juni 1999 - VIII ZR 336/98, NJW 1999, 3487 m.w.N.).

Nach diesen Grundsätzen hätte das Berufungsgericht die künftigen Mietmehreinnahmen schadensmindernd berücksichtigen müssen, soweit sie im Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung bereits feststanden. Es handelt sich dabei um die Differenz von monatlich 227,46 DM im Zeitraum 1. Juli 2001 (weitere Erhöhung aufgrund der Staffelmietvereinbarung) bis einschließlich März 2002 (Gleitklausel im ursprünglichen, nicht geschlossenen, Vertrag), also um insgesamt 2.047,14 DM.

IV. Anders fällt die Beurteilung hinsichtlich der ungewissen Mehreinnahmen ab April 2002 (und bis zum Vertragsende) aus: Hier kam allenfalls eine Schätzung, gegebenenfalls unter Hinzuziehung eines Sachverständigen, in Betracht. Dem stand jedoch bereits entgegen, daß die Entwicklung der Lebenshaltungskostenindices bis zum Jahre 2007 so wenig hervorsehbar ist, daß auch die Möglichkeit einer Schätzung ausscheidet.

V. Das Berufungsgericht hat jedoch nicht hinreichend beachtet, daß den Geschädigten die Möglichkeit verbleiben muß, spätere Vorteile, die den Schaden mindern würden, nach bereicherungsrechtlichen Vorschriften abzuschöpfen.

Ist die Zwangsvollstreckung noch nicht abgeschlossen, steht dem Schuldner § 767 Abs. 1 ZPO zur Verfügung, wobei die Präklusion des § 767 Abs. 2 ZPO, die die Rechtskraft absichern soll, nicht zum Tragen kommt. Sie betrifft nur Tatsachenveränderungen, die bis zur letzten mündlichen Verhandlung eingetreten sind, nicht jedoch spätere Veränderungen (Schultz, AcP 191, 451 ff., 453; Staudinger/Schiemann aaO, Rdn. 80 vor §§ 249 ff.; Grunsky aaO, Rdn. 120 vor § 249). Neue - nicht präkludierte - Tatsachen können dabei allerdings nur solche Schadensveränderungen sein, über die das Gericht nicht rechtskräftig entschieden hat.

Ist die Zwangsvollstreckung bereits abgeschlossen, eröffnet die ganz herrschende Meinung dem Vollstreckungsschuldner die Möglichkeit der "verlängerten Vollstreckungsgegenklage", die materiell eine einfache Bereicherungsklage gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB auf Rückgewähr des in der Zwangsvollstreckung Erlangten darstellt (BGHZ 83, 278, 290; 100, 211, 212 f.; BGH, Urt. v. 5. Oktober 1993 - XI ZR 180/92, NJW 1993, 3318, 3320). Die vollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfe zugunsten des Schuldners entfallen zwar mit Beendigung der Zwangsvollstreckung. Dieser Wegfall bedeutet jedoch keine endgültige Festschreibung der Rechtslage, da die endgültige Güterverteilung nicht Aufgabe der Zwangsvollstreckung ist. Deren Ergebnis unterliegt vielmehr - in den Grenzen der Rechtskraft - der Überprüfung durch das materielle Recht.

Da die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils nicht eindeutig erkennen lassen, ob das Berufungsgericht die Anrechnung späterer Vorteile in Gestalt höherer Mieterträge endgültig oder nur wegen des gegenwärtigen Fehlens einer ausreichenden tatsächlichen Grundlage für eine Schadens-

schätzung nach § 287 ZPO ablehnen wollte, ist klarzustellen, daß die Rechtskraft des Urteils dem Kläger nicht die Möglichkeit abschneidet, etwaige spätere Mehreinnahmen der Beklagten aus den von ihm im Jahre 1997 abgeschlossenen Mietverträgen noch nachträglich auf einem der dargestellten Wege schadensmindernd geltend zu machen.

B. Die Anschlußrevision rügt mit Erfolg, das Berufungsgericht habe den Prozeßstoff zum Teil rechtlich fehlerhaft gewürdigt und zum Teil den Sachvortrag der Beklagten nicht in seine Überlegungen einbezogen.

I. Das Berufungsgericht hat bei der Schadensermittlung die gemieteten offenen Einstellplätze sowie die Tiefgaragenparkplätze berücksichtigt. Seine insoweit vorgenommene Schadensermittlung weist jedoch Fehler auf.

1. Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts sind drei offene Einstellplätze und 15 Tiefgaragenplätze vorhanden, von denen die drei Plätze im Hof für je 70,-- DM und fünf Tiefgaragenplätze für je 100,-- DM an die L. sowie vier Tiefgaragenplätze für je 100,-- DM an den H. G. e.V. vermietet sind. Das Verhältnis der von den beiden Gewerbemietern gemieteten Flächen beträgt - unstrittig - 362,12 qm (L.) zu 118,75 qm (Verein), also 3 : 1. Demgegenüber nimmt das Berufungsgericht für den Verein irrtümlich eine gemietete Fläche von 178,75 qm und kommt daher zu einem Verhältnis von 2 : 1. Diese und andere Rechenfehler, welche die Anschlußrevision im einzelnen darlegt, beeinflussen das Ergebnis zu Ungunsten der Beklagten. Sie hat das Berufungsgericht in seinem Urteil an einer Stelle die von dem Verein gemieteten Gewerbeflächen mit 118,75 qm und nicht wie bei der Berechnung der Stellplatzflächen mit

178,75 qm angesetzt. Trifft die Zahl von 118,75 qm zu, so ergäbe sich nach den Verträgen des Jahres 1994 eine von der L. angemietete Zahl von 13,5 Stellplätzen. Entgegen dem Vorbringen der Anschlußrevision, das von zwei weiteren freien, von dem Verein angemieteten Stellplätzen ausgeht, weist der Vertrag von 1994 allerdings insofern nur ein Optionsrecht aus, wobei gegenwärtig offenbleibt, ob der Verein diese Option ausgeübt hätte.

2. Ein Fehler liegt weiterhin darin, daß das Berufungsgericht die Nebenflächen nicht richtig bewertet.

a) Das Berufungsgericht nimmt an, die nach den ursprünglichen Mietvertragsangeboten zu vermietenden Nebenflächen könnten keine gesonderte Berücksichtigung finden, da die L. in ihrem schriftlichen Mietvertrag keine Miete von Nebenflächen, Kellern, Böden etc. vorgesehen habe, während der Verein - ausdrücklich, aber ohne gesonderte Vergütung - einen Aktenkeller von ca. 20 qm Fläche und einen Bodenraum von ca. 14 qm Fläche gemietet habe. Hingegen setzt es den für die nach den Verträgen von 1997 gesondert vermieteten Nebenflächen insgesamt monatlich gezahlten Betrag von 460,-- DM zu Lasten der Beklagten an.

b) Das Berufungsgericht übersieht dabei, daß die L. und der Verein laut Vermerk des Klägers vom 12. Januar 1995 4.000,-- DM jährlich zusätzlich für die Nebenflächen angeboten haben sollen ("Sowohl die Nebenräume als auch die Miete hierfür soll im Verhältnis der angemieteten Wohn- und Nutzflächen aufgeteilt werden"). Hierauf haben die Beklagten in ihrer Berufungserwiderung ausdrücklich hingewiesen. Das Berufungsgericht ist hierauf nicht eingegangen. Es hat daher mögliche Mieteinnahmen für die Nebenflä-

chen in Höhe von monatlich ca. 335,-- DM zu Lasten der Beklagten außer acht gelassen.

C. Die Aushebung und Zurückverweisung der Sache erfolgen, damit das Berufungsgericht etwa noch fehlende Feststellungen treffen und gegebenenfalls erforderliche Neuberechnungen vornehmen kann. Gleichzeitig erhält der Kläger die Gelegenheit, sich erforderlichenfalls zu dem von der Anschlußrevision angeschnittenen Punkten zu äußern.

Röhricht

Hesselberger

Goette

Kurzwelly

Kraemer